

Referencia: NCJ058131

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 761/2013, de 15 de octubre de 2013 Sala de lo Penal

Rec. n.º 236/2013

SUMARIO:

Delito contra la salud pública. Requisitos del consumo compartido para ser una conducta atípica. Los presupuestos para que puede apreciarse la existencia de un consumo compartido, y que la conducta sea atípica, son: a) los consumidores que se agrupan han de ser adictos; b) el proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; c) la cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante; d) la coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes; e) los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales; y, f) ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas. En el supuesto de autos, no se ha acreditado ni concretado suficientemente que las sustancias que el recurrente tenía en su poder (40 comprimidos de MDMA, con un peso total de 8,07 gramos, y una pureza del 28,8%; y siete comprimidos de ketamina) estuvieran destinadas a ese consumo compartido. No estamos ante una cantidad insignificante de sustancia, sino ante un número considerable de comprimidos, un total de cuarenta siete, y las pastillas iban a consumirse en una discoteca que, lógicamente, no es un lugar cerrado. Tampoco consta acreditado que su consumo fuera a ser inmediato.

PRECEPTOS:

[Ley Orgánica 10/1995 \(CP\), art. 368.](#)
[Constitución Española, art. 24.2.](#)

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación legal de Ezequias, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda), de fecha 4 de octubre de 2012 en causa seguida contra Ezequias por un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por la procuradora doña Rosalía Jarabo Sancho. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 3 de Palma de Mallorca, incoó procedimiento abreviado 1021/2010, contra Ezequias y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma (Sección Segunda) rollo

de Sala nº 1/2012 que, con fecha 4 de octubre de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- El acusado Ezequias , mayor de edad, sobre las 0:30 horas del día 25.4.2010, fue identificado por una dotación de la policía local de Calviá en la rotonda que da acceso a la avenida s'Olivera de Magalud (Calviá), cuando circulaba como pasajero en el vehículo UJ-....-JV . Cuando el acusado estaba siendo identificado y al ser informado de que iba a ser cacheado comenzó a correr para eludir la acción policial y en su fuga arrojó un envoltorio a un solar cercano siendo recuperado el envoltorio por los policías que, tras una corta persecución, detuvieron al acusado.

SEGUNDO.

El envoltorio recuperado contenía una bolsa con 40 comprimidos de MDMA con un peso total de 8,07 gramos y una riqueza del 28,8 por ciento, con un valor de mercadote 329,57 euros, una bolsa con seis comprimidos de ketamina con un valor de mercado de 22,74 euros y otra bolsa con un comprimido de ketamina, con un valor de mercado de 3,79 euros, sustancias que el acusado poseía para su venta y distribución a terceros.

TERCERO.

La situación administrativa del acusado en España es irregular.

CUARTO.

El acusado inició tratamiento en el Centro de Atención a las Dependencias de Inca, por problemática derivada del consumo de sustancias tóxicas, el 21.5.2012. Ha acudido de manera irregular a entrevistas con los profesionales del servicio en las que manifiesta que continúa abstinentes a tóxicos, salvo al cannabis, lo que corrobora los resultados de las analíticas de orina para la detección de sustancias tóxicas, que viene realizando de forma voluntaria desde finales de mayo de este año y se muestra motivado a continuar con el tratamiento".

Segundo.

La Audiencia Provincial de Palma, Sección Segunda, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Ezequias , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 350 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 45 días de privación de libertad. Se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional al que no podrá regresar en un plazo de ocho años.

Se condena al acusado al pago de las costas del procedimiento.

Se ordena el comiso y la destrucción de la droga intervenida.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono al condenado el tiempo durante el cual hubiese estado privado de libertad por razón de esta causa".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación legal del recurrente Ezequias , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ , por violación de derechos fundamentales. II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración de precepto constitucional, en concreto el art. 24.1 de la CE que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva. III.- Al

amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la apreciación de la prueba. Se renuncia al haberse invocado el anterior motivo casacional.

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 23 de abril de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.

Por providencia de fecha 10 de septiembre de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 9 de octubre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Ampara el recurrente los dos motivos de su recurso en el artículo 5.4 de la LOPJ , denunciando la vulneración de sus derechos a la presunción de inocencia, y a la tutela judicial efectiva.

Dada la íntima conexión entre las alegaciones que sustentan ambos, los examinaremos conjuntamente.

A) Alega el recurrente, en resumen, que no se ha practicado prueba de cargo suficiente en su contra. El destino de las sustancias que le fueron incautadas era el consumo compartido entre los ocupantes del vehículo, tal y como se deriva de su declaración, y de la de dos de estos ocupantes; no siendo suficientes para concluir lo contrario, las manifestaciones prestadas por los agentes policiales actuantes.

B) La función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución , ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: i) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; ii) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y iii) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba (SSTS 25/2008 y 128/2008).

C) De conformidad con las consideraciones expuestas, las alegaciones del recurrente han de ser inadmitidas.

Una reiterada doctrina de esta Sala -STS 210/2008 de 22 de Abril , con citación de otras muchas- exige como requisitos para que pueda afirmarse la existencia de un consumo conjunto de drogas por diversas personas, supuesto excepcional donde resulta atípica la conducta, los siguientes: a) los consumidores que se agrupan han de ser adictos; b) el proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; c) la cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante; d) la coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes; e) los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales; y, f) ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.

Pues bien, en el supuesto de autos, tal como concluye el Tribunal de instancia, que ha analizado con detalle su posible concurrencia, no se ha acreditado ni concretado suficientemente que las sustancias que el recurrente tenía en su poder (40 comprimidos de MDMA, con un peso total de 8,07 gramos, y una pureza del 28,8%; y siete comprimidos de ketamina) estuvieran destinadas a ese consumo compartido.

No estamos ante una cantidad insignificante de sustancia, sino ante un número considerable de comprimidos, un total de cuarenta y siete. Dice el recurrente que ello era para los cuatro ocupantes del vehículo, que podían llegar a consumir hasta doce pastillas por noche, pero, como destaca la sentencia, aún cuando efectivamente dos de estas personas apoyaron en el Plenario esta versión, no consta la condición de adictos de todos ellos, ni siquiera como consumidores de fin de semana.

Por otro lado, según las propias manifestaciones del recurrente, las pastillas iban a consumirse en una discoteca que, lógicamente, no es un lugar cerrado. Tampoco consta acreditado que su consumo fuera a ser inmediato; habiendo declarado el primero, según recoge la sentencia, que éste se iba a prolongar durante dos días.

Asimismo cabe indicar que, cuando el recurrente iba a ser identificado, salió corriendo y arrojó la bolsa en la que se encontraban los comprimidos; y que a otro de los ocupantes del vehículo se le encontró otro envoltorio conteniendo una sustancia que, según el mismo manifestó, era MDMA, por lo que, como destaca la sentencia, puede inferirse que portaba su propia dosis.

En definitiva, aún cuando las declaraciones de los policías locales actuantes, como destaca el recurrente, no hubieran sido tajantes sobre si, en el momento de la intervención, el recurrente, o algún otro ocupante del vehículo, manifestó o no que la droga intervenida era para todos ellos, la inferencia realizada por el Tribunal de que esto no era así, sino que la misma la poseía el primero con la finalidad de tráfico, es lógica y racional, por lo que no se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

El Tribunal, frente a las manifestaciones del recurrente, no sólo ha tenido en cuenta las declaraciones de estos agentes, que describieron las circunstancias de la aprehensión, sino también, por supuesto, el dato objetivo de la posesión de la droga por su parte, lo que él no niega; valorando por otro lado con detalle, como se deduce de lo ya expuesto, su versión sobre que dicha sustancia era para el consumo de varias personas.

Por último, tampoco se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, que el recurrente ampara precisamente en la insuficiencia de la prueba de cargo practicada, lo que hemos descartado.

En definitiva, ha de inadmitirse el recurso interpuesto por carecer manifiestamente de fundamento con base en el número uno del artículo 885 de la LECrim .

Segundo.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Ezequias contra la sentencia de fecha 4 de octubre de 2012, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , en la causa seguida por un delito contra la salud pública y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.